

PROBLEMAS JURÍDICOS DO PLANEJAMENTO*

1. Antes de abordar o tema central deste trabalho, exporemos a noção de plano e planejamento, examinando, após, as diferentes espécies de plano (item I). No que se refere especificamente aos problemas jurídicos do planejamento, eles podem ser reunidos em três grupos. O primeiro diz respeito à natureza jurídica do plano (item II); o segundo, às implicações da estrutura federativa sobre o planejamento e os planos (item III); o terceiro (e o mais importante de todos), às interferências dos planos nos direitos dos administrados, à questão da existência de um direito de os administrados exigirem o cumprimento do plano, e à responsabilidade civil do Estado por atos relacionados com o plano e sua implantação (item IV).

I. NOÇÃO E ESPÉCIES DE PLANO

2. Toda atividade humana visa a determinados objetivos. E o homem emprega meios racionais para a consecução desses objetivos. Planejar é isso: estabelecer metas e eleger os meios que serão utilizados para que elas sejam atingidas. Fixada esta primeira noção, será necessário distinguir entre planejamento e plano; palavras que são muitas vezes usadas como se fossem sinônimas, mas não são. O planejamento é uma atividade: o plano, o resultado dessa atividade¹. O planejamento conduz ao plano. É este o produto daquele, o fim que polariza a atividade do planejamento.

Se planejar é fixar objetivos e eleger os meios mais adequados à sua realização, será forçoso concluir que nunca a administração pública prescindiu do planejamento. Na verdade, quando se cogita de definir a função administrativa pelo ângulo material

¹ Maurer, Hartmut. Allgemeines Verwaltungsrecht, München, C. H. Beckl, 1982. p. 308.

ou de destacar os seus traços mais característicos, aponta-se ordinariamente como um dos elementos mais marcantes da atividade administrativa o de que ela é uma atividade racional² Tal afirmação importa dizer que o administrador deve buscar obter o máximo de resultado com o mínimo de meios. Ao proceder desse modo, estará planejando e, por consequência, produzindo planos. Assim, embora antigamente as palavras planejamento e plano não fossem empregadas com relação ao desempenho das funções públicas, nunca foi possível dirigir o Estado sem que houvesse planejamento e, portanto, planos. Desde que o Estado existe o homem planeja suas guerras. Lembre-se, igualmente, que há muito não prescinde o Estado do orçamento. E o que é o orçamento senão um plano? Planos urbanísticos também são realidade comprovada até mesmo em antiquíssimas civilizações. Com o advento da máquina a vapor, conheceu o século XIX em toda a parte, numerosos planos ferroviários. A própria Constituição, enquanto instrumento principal para a definição da organização do, Estado e instituidor dos grandes princípios disciplinadores do relacionamento entre este e os indivíduos, é, igualmente, lato sensu, um plano: um documento básico, fundamental, que vincula a Nação e a sociedade aos objetivos nele fixados³.

Com o crescimento do Estado, em razão de sua transformação de Estado liberal em Estado social, desenvolveu-se enormemente a intervenção do Poder Público na área econômica e social. O Estado que, no século passado, cuidava quase que exclusivamente da manutenção da ordem e da segurança públicas, assumiu funções ativas, modeladoras da própria sociedade. Criaram-se novos serviços, ampliaram-se os existentes e, diante dos recursos financeiros limitados, houve necessidade, mais do que nunca, de planejar melhor a aplicação desses recursos escassos, para com eles obter o máximo de benefício e de resultado.

A Revolução Russa, ao adotar pela primeira vez um planejamento global da economia, e as duas grandes guerras verificadas neste século, ao exigirem um esforço econômico concentrado e dirigido, foram fatores poderosos que contribuíram para disseminar amplamente, em todo o mundo, independente mente de regime econômico ou político, as idéias de planejamento e de plano. Hoje o ,planejamento tornou-se uma atividade estatal não só imprescindível como também da máxima importância.

3. A administração pública, no Estado moderno, exerce um imenso leque de atividades. Analogamente, são tantos e tão diversos os fins a perseguir, tão diferentes os destinatários e tão variados os meios à disposição de quem planeja, que não é possível estabelecer um modelo de plano a priori, imutável, rígido.

Contudo, apesar da imensa variedade de planos, são eles geralmente classificados em três grandes grupos, diferenciados pelo critério da força vinculativa de que são dotados. Temos, assim:

a) planos indicativos - consistem em dados, projeções e prognósticos sobre al-

2 Wolff, Hans Julius & Bachof, Otto. Verwaltungsrecht. München, C. H. Beck, 1974. v. 1, p. 8 e segs.

3 Achterberg, Norbert. Allgemeines Verwaltungsrecht. Heidelberg, C. F. Müller, 1982.

gum campo ou diversos campos de atividade, colocados pelo Estado à disposição dos interessados, para que estes possam melhor orientar-se. É claro que têm os indivíduos e as empresas plena liberdade de escolha e de decisão, não havendo, por parte do Estado, qualquer traço de cogência nem, igualmente, o oferecimento de qualquer vantagem concreta, com o intuito de influenciar as decisões ou de incentivar ou estimular os particulares a uma determinada atitude ou comportamento;

b) planos incitativos - por eles busca o Estado obter dos particulares uma forma de atuar e de proceder que afine com os objetivos estabelecidos no plano. Para tanto, utiliza-se o Poder Público de estímulos e incentivos, como subvenções, vantagens fiscais, créditos, fixação de preços mínimos, compromisso de aquisição de safra, melhoramentos da infra-estrutura mediante construção de estradas, fornecimento de energia elétrica, etc., ou, inversamente, desestimulando certas situações ou iniciativas pela imposição, por exemplo, de encargos fiscais mais pesados;

c) planos imperativos - Se, nos dois tipos anteriores, têm os particulares liberdade de escolher a orientação que mais lhes parecer conveniente, apesar dos benefícios que lhes possam ser oferecidos ou dos ônus que eventualmente possam incidir (o que é característico, já o vimos, dos planos incitativos), nos planos imperativos a nota saliente é a cogência. Os particulares ficam submetidos às regras do plano e obrigados a uma determinada conduta, sob pena de consequências até mesmo de caráter criminal ou de multas e outras sanções administrativas. Os planos imperativos são muito empregados nos países socialistas, onde a economia é inteiramente programada e planejada: Contudo, em países capitalistas, de regime democrático, são, por vezes, igualmente utilizados. Os planos urbanísticos integram a categoria dos planos imperativos. Na história brasileira, o Plano Cruzado I foi o maior e mais abrangente exemplo de plano econômico imperativo, com o congelamento geral de preços e salários e a substituição da economia de mercado por uma economia, em grande parte, dirigida e controlada pelo Estado.

4. Outra divisão dos planos pode ser feita tomando-se como critério seus destinatários principais. Sob esta luz, os planos podem ser externos ou internos. São externos os que têm como destinatários principais os particulares, e internos os que se endereçam à própria administração pública.

Não será necessário dizer que a importância jurídica dos últimos, por produzirem, freqüentemente, reflexos sobre os indivíduos, interferindo em sua liberdade ou em seu direito de propriedade, é consideravelmente maior do que a dos primeiros.

II. NATUREZA JURÍDICA DO PLANO

5. Será o plano uma nova forma de atuação jurídica do Estado? Ou apenas uma idéia ou um conceito que ganhou realce pelas circunstâncias históricas que modelaram o perfil do Estado no mundo em que vivemos, a cujo serviço se colocam, todavia, as formas conhecidas de atuação estatal, como as leis, os regulamentos, os demais atos

normativos infralegais, os atos administrativos e até mesmo os atos de direito privado? São questões que têm intrigado os doutrinadores em toda a parte. A resposta que hoje mais frequentemente se dá a essas interrogações é a de que não constitui o plano uma forma nova de atuação jurídica do Estado, mas antes implica a utilização do já conhecido repertório de atos do direito público e do direito privado, a que o Estado recorre para a realização dos seus objetivos⁴.

6. No Estado de direito é evidente que planejar supõe a lei e diz respeito, assim, em primeiro lugar, à função legislativa. De resto, como observa Hartmut Maurer, a maioria das leis é resultante de um planejamento, sendo elas, pois, planos⁵. Deve-se ter presente, ainda, que a administração pública, ao planejar, ao fixar planos e executá-los, está, como sempre, sujeita ao princípio da legalidade. Os laços que devem existir entre o planejamento, o plano e as medidas que o irão implementar (de um lado) e a lei (de outro) não obedecem, contudo, a padrões uniformes. Por vezes a lei é o próprio plano, nada ou pouco restando para ser complementado ou tornado mais específico, pela via do regulamento, do ato administrativo ou de outra qualquer forma de atuação ao alcance do Poder Público. Outras vezes, no entanto, a lei apenas define as competências ou autoriza, orçamentariamente, a utilização dos recursos com que o plano será realizado. No entanto, na última hipótese, a escolha dos objetivos e dos meios adequados (ou seja, numa palavra, a elaboração do plano) é feita pela própria administração pública, dentro da faixa, neste caso muito ampla, de poder discricionário que a lei lhe confere. Para ilustrar o que acabamos de afirmar, pense-se nas leis orçamentárias ou nos planos diretores das cidades brasileiras, geralmente instituídos por leis que - senão na generalidade dos casos, pelo menos nas mais das vezes - são o próprio plano; ou então, no outro extremo, na possibilidade que tem um banco estatal de promover e executar o plano de desenvolvimento de determinado setor agrícola utilizando apenas o crédito público, com prazos especiais ou a juros subsidiados; ou, ainda, no emprego por uma repartição pública de verbas destinadas a subvenções, caso em que, para atender ao princípio da legalidade da administração pública, entende-se que basta existir uma autorização orçamentária⁶.

4 Maurer, Hartmut. op. cit. p. 307 e segs.; Von Münch, Ingo. In: Erichsen-Martens. Allgemeines Verwaltungsrecht. Berlin, Walter de Gruyter, 1986. p. 271

5 Id. ibid

6 Jesch, Dieter. Ley y Administración. Madrid, 1978. p. 224 e segs. O problema reconduz à questão da submissão da chamada "administração prestadora de benefícios" ao princípio da legalidade. A distinção entre administração coercitiva ou intervencionista (Eingriffsverwaltung) e administração prestadora de benefícios (Leistungsverwaltung) é corrente no direito alemão. Pela primeira, o Poder Público estabelece restrições e vedações, impõe penas, etc., tendo sido em razão dela que se estabeleceu o princípio da reserva legal. A outra, a administração prestadora de benefícios, é típica do Estado-Providência ou do Estado social. Por ela o Poder Público, em vez de constringer a liberdade ou interferir na propriedade dos administrados, concede vantagens e benefícios aos particulares. Num primeiro momento questionou-se se a administração prestadora de benefícios estaria submetida ao princípio da legalidade da administração pública. Tal controvérsia encontra-se hoje completamente superada, havendo consenso sobre sua sujeição àquele princípio. É inegável, porém, que, ordinariamente, a malha legal que cai sobre a administração prestadora de benefícios é bem mais aberta e bem mais frouxa do que a que incide sobre a administração coercitiva. Em matéria de subvenções, embora a discussão não tenha terminado e esteja ainda muito acesa, a orientação dominante é a de que basta, por vezes, a regra instituidora da competência para conceder essas vantagens, ou então a simples lei orçamentária, para que se considere observado o princípio da reserva legal, A ampla

Em matéria de plano é possível, pois, imaginar, entre essas duas hipóteses, combinações diversas, com vasta gama de nuances, de atividade vinculada e poder discricionário. É também fácil de verificar, dos exemplos aqui trazidos à consideração, a correção da assertiva antes feita de que os planos do Estado e os respectivos atos de execução, se considerados em sua globalidade, podem envolver todas as formas de atuação do Poder Público, desde a lei até os atos jurídicos de direito privado. De atos jurídicos de direito privado serve-se o Estado quando realiza, v. g., subvenção, que não é outra coisa do que doação, ou, pelo menos, negócio jurídico mixtum cum donatione. É curioso observar que, quando a subvenção é concedida por entidade de direito público, o ato que autoriza a subvenção é ato administrativo (de direito público, portanto) e os atos que, posteriormente, concretizam a subvenção (por exemplo, um empréstimo a juros subsidiados) são típicos negócios jurídicos de direito privado.

Note-se, porém, que a finalidade perseguida pelo Estado ao subvencionar não é a mesma que tem em mira o indivíduo quando realiza um contrato de doação. A subvenção concedida a Pedro, como medida de execução de um plano de incremento do plantio de arroz, não tem como objetivo favorecer Pedro ou dar-lhe condições privilegiadas de concorrer com outros orizicultores. O que se busca não é o caso isolado, a situação de A, B ou C, mas fazer com que, pelo estímulo, da subvenção, aumente a produção de arroz, em toda uma região ou em todo o país. Em outras palavras: a finalidade imediata da subvenção, conquanto ela se materialize num ato de direito privado, é de interesse público, o que faz com que as normas de direito privado aplicáveis a esses casos não sejam de direito privado em estado puro, mas sim de direito privado administrativo, como tem sido reconhecido pela doutrina, especialmente pela alemã⁷.

7. No direito moderno, uma das realidades novas tem sido a adoção de formas jurídicas de cooperação entre o Estado e os administrados, para a realização de fins públicos. No século passado, as linhas entre o direito público (especialmente o direito administrativo) e o direito privado eram bem marcadas. As atividades de administração pública que perseguiam fins imediatamente públicos eram realizadas por meios de direito público, especialmente por atos administrativos, que têm uma de suas principais características no poder que possuem de criar deveres e obrigações para os administrados, como expressão de decisão unilateral da autoridade com competência para praticá-los. Entendia-se, então, que a relação jurídica de direito público era de subordinação, e não de cooperação, como se definia e define a relação jurídica de direito privado. Na

discrição assim geralmente concedida aos agentes administrativos com competência para conceder subvenções dá azo ao surgimento de problemas jurídicos relacionados com a igualdade dos administrados em face do Estado, como se verá no item IV. Sobre o status quaestionis, além de Jesch, veja-se Maurer Hartmut. op. cit. p. 79 e segs. Maurer entende que, na maior parte dos casos, a simples autorização orçamentária não seria suficiente, devendo exigir-se uma base legal mais ampla e minuciosa, pois o favorecimento de uma pessoa ou de uma empresa, mediante subvenção, pode vir em detrimento de outra, concorrente daquela. Isso mostraria, também, que a distinção entre Eingriffsverwaltung e Leistungsverwaltung muito freqüentemente não é perfeita. pois o que é vantagem para um pode ser desvantagem para outro. Ver também, Rinck, Gerd. Wirtschaftsrecht. Köln, Carl Heymans, 1977. p. 55; Von Münch, Ingo. In: Erichsen-Martens. Allgemeines Verwaltungsrecht. Berlin. Walter de Gruyter, 1986. p. 22 e segs.

7 Rinck, Gerd. op. cit. p. 110

grande maioria dos casos, essa relação de subordinação instaurava-se por decisões unilaterais do Poder Público, sob a forma de atos administrativos. O desenvolvimento da administração prestadora de benefícios (a *Leistungswirtschaft* do direito alemão), da administração que não interfere na liberdade e na propriedade dos indivíduos (como a *Eingiftsverwaltung*)⁸ mas que, ao revés, lhes dispensa vantagens - como ocorre, por exemplo, no campo da assistência e da previdência social ou na política de subvenções, entre outras muitas hipóteses - alterou substancialmente esse estado de coisas.

Nos nossos dias, o Estado não apenas passou a utilizar-se, com intensidade e frequência cada vez maiores, de formas e instituições de direito privado para a consecução de finalidades direta e imediatamente públicas (as sociedades de economia mista e as empresas públicas talvez constituam a ilustração mais eloquente disso), como também, ao invés de seguir a orientação tradicional de continuar criando deveres e obrigações para os administrados pela via das decisões unilaterais dos agentes públicos, isto é, por atos administrativos, instituiu formas de cooperação entre a administração pública e os administrados, sob a espécie de contratos ou ajustes que, se não são, a rigor, contratos, muito se assemelham, no entanto, a essa categoria do direito privado. Nesse novo quadro, por certo, perdeu o ato administrativo a posição de senhor absoluto da cena do direito administrativo, no que se refere aos modos de atuação do Estado. Ganhou o Poder Público, porém, novos meios de estabelecer vínculos jurídicos com os indivíduos, mediante formas de colaboração que, como disse, ora se identificam com o contrato, ora dele muito se aproximam, sem, no entanto, com ele se confundir, dada a incidência de princípios de direito público que, em algumas situações, definitivamente repelem as figuras contratuais.

A esta altura cabe destacar que essas novas formas de cooperação entre a administração pública e os administrados tiveram origem, precisamente, no campo de aplicação de medidas relacionadas com o planejamento econômico. Para ser ainda mais exato, nasceram no direito francês, denominando-se economia concertada (*économie concertée*) e logo se estendendo à administração pública em geral (*administration concertée*)⁹. Dentre as formas de economia concertada ou contratual, assumem especial importância os chamados contratos econômicos. Conquanto nesses ajustes ou acordos entre a administração pública e os administrados haja, obviamente, como em todo contrato, um acerto de vontades, o que os singulariza quanto ao objeto é a circunstância de que por eles não visa o Estado a obter dos indivíduos determinadas prestações, mas sim transformar os administrados em instrumentos de política intervencionista do Estado, como agudamente observa Laubadère¹⁰. É ainda Laubadère quem registra que, embora esses contratos econômicos sejam celebrados com particulares, nas mais das vezes são eles estipulados com associações ou grupos de empresários ou com sindicatos, que se

8 Ver nota 6.

9 Laubadère, André de. *Droit public économique*. Paris, Dalloz, 1980. p. 433 e segs.; Fleuriet, Michel. *Les techniques de l'économie concertée*. Sirey, 1974. *passim*.

10 Laubadère, André de. *op. cit.* p. 436.

obrigam por si próprios e pelas pessoas que representam¹¹. Os contratos econômicos têm larga utilização na política de fixação de preços e na política de subvenções, sendo estas últimas, como já foi salientado, medidas amplamente usadas na implantação de planos incitativos.

Problema jurídico de solução extremamente delicada é o que consiste em saber se esses acordos ou contratos econômicos possuem, verdadeiramente, a natureza de contratos, gerando vínculos jurídicos estáveis e direitos, pretensões, deveres e obrigações recíprocos entre as partes. Parece difícil dar, aprioristicamente, uma resposta que cubra todas as situações. Cabe advertir desde logo, porém, que o interesse público e a utilidade pública, que condicionam toda a atividade do Estado, criam para este prerrogativas que são indisponíveis e insuscetíveis de limitação por contrato. É inaceitável, por exemplo, que se crie para o Estado o dever de não legislar ou de não editar norma jurídica num determinado sentido, o que implicaria restringir, pela via contratual, uma competência outorgada pela Constituição, sem quaisquer outras limitações que as dela resultante. Assim, também o estabelecimento ou a eliminação de impostos ou o exercício do poder de polícia são todas matérias que não comportam, pela sua natureza, limitações ou restrições que possam ser instituídas contratualmente¹².

Os chamados “contratos fiscais”, isto é, contratos que se destinariam a criar para o Estado deveres de conduta com relação a tributos, não são, pois, manifestamente, verdadeiros contratos. Podem valer como promessa, carta de intenção, protocolo ou acordo gerador de compromissos de índole ética, mas nunca como fonte de direitos e deveres. Em outras situações, contudo, nada impede que entre a administração pública e os administrados se estabeleçam verdadeiros contratos, geradores de direitos, deveres e obrigações recíprocos. Tudo dependerá, portanto, do exame do caso concreto e, muito especialmente, da verificação de não estar em jogo interesse indisponível do Estado. De qualquer modo, mesmo quando não são contratos, tais atos de cooperação podem dar ensejo ao surgimento de responsabilidade civil do Estado, por lesão ao princípio da boa-fé ou quebra da confiança, como veremos mais adiante.

As observações feitas até aqui parecem suficientes para evidenciar que, embora subordinados ao princípio da legalidade, como quaisquer atos do Poder Público, os planos e as suas respectivas medidas de aplicação não são redutíveis a um único padrão. Ora são eles a própria lei, ora são implantados mediante atos administrativos atos jurídicos de direito privado, a utilização conjunta de formas de direito público e de direito privado, ou, ainda, mediante formas novas de colaboração utilizadas pelo Poder Público, ao atribuir ao contrato a função de meio de atuação do intervencionismo estatal ou ao utilizar modelos que são semelhantes aos contratos, sem que, no entanto, com eles se confundam. Entre os pontos extremos da competência vinculada e do poder discricionário situa-se um diversificadíssimo elenco de possibilidades, à

¹¹ Id. *ibid*

¹² Laubadère, André de. op. cit. p. 438-9; Rynck, Gerd. op. cit. p. 69.

disposição da administração pública, na realização do planejamento e na implantação dos planos dele decorrentes.

8. Outra questão que tem preocupado os juristas é a que consiste em saber se a lei que institui ou aprova um plano constitui uma nova espécie de ato legislativo. A indagação se justifica nos países democráticos porque, sendo indicativas ou incitativas a maioria dos planos utilizados, não haverá qualquer consequência jurídica na hipótese de desobediência ao plano ou de desatendimento às recomendações ou aos apelos nele contidos. No direito soviético, onde os planos são geralmente imperativos, falam os autores em “normas-objetivo”, em oposição à caracterização tradicional das normas como regras de eficácia imediata. Enquanto nessas o conteúdo consiste em prescrições relacionadas diretamente à conduta dos indivíduos, ligando-se ao preceito ordinariamente uma sanção, naquelas o conteúdo consistiria nos objetivos a serem atingidos, o que só indiretamente criaria para os destinatários o dever jurídico de “agir da melhor forma possível”, dando causa, deste modo, a verdadeiras “obrigações de comportamento”. Alguns juristas franceses tomaram do direito soviético a noção de “obrigações de comportamento” para conceber em torno dela um “direito do aleatório”, no qual a norma jurídica, em vez de incidir sobre uma realidade imediata, tem como fim principal a consecução de objetivos que poderão ou não suceder, dependendo da adequação e eficiência dos meios escolhidos e da correspondência dos fatos à visão prospectiva, por natureza incerta¹³.

A pesquisa que, pelos caminhos indicados, procura enquadrar a lei do plano numa nova categoria é claramente guiada pelo preconceito de que a lei deve ter necessariamente uma sanção. Se assim efetivamente fosse, não saberíamos como explicar as normas de organização, que formam parte expressiva das normas do direito constitucional, ou as normas do direito internacional público¹⁴.

A lei que aprova os plans indicativos ou incitativos é despida de sanção, como aquelas outras a que acabamos de nos referir. Isso não significa, porém, que ela não produza qualquer efeito jurídico. Será forçoso admitir que a mesma obriga, internamente, a administração pública, criando deveres jurídicos para os servidores incumbidos da realização das medidas indispensáveis à implementação do plano.

Por outro lado, teremos oportunidade de ver que, em determinadas situações, ao gerar nos administrados confiança no comportamento do Poder Público quanto às promessas contidas no plano e nas providências concretas destinadas a torná-los realidade, ela pode dar lugar à responsabilidade do Estado pela infração dos deveres relacionados com a boa-fé.

No direito alemão, partindo de uma distinção feita por Carl Schmitt entre lei (*Gesetz*) e medida (*Massnahme*), desenvolveu Forsthoff seu célebre conceito de lei-medida (*Massnahmengesetz*), lei-providência ou lei de efeitos concretos¹⁵. A noção tradicional

13 Laubadère, André de. op. cit. p. 438-40; Rynck, Gerd. op. cit.; p. 69.

14 Nesse sentido ver Laubadère, André de. op. cit. p. 338

15 Schmitt, Carl. *Verfassungslehre*. p. 138 e segs.; Forsthoff, Ernst. *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*. München, C. H. Beck,

de lei, sob o aspecto material, é a trabalhada por Rousseau¹⁶. Para ele a lei deve ser geral num duplo sentido: porque expressão da *volonté générale* e porque o preceito nela contido deve ser abstrato e impessoal com o que se realça o aspecto isonômico da lei. A medida, em contraposição, prende-se a uma situação concreta. Observou Forsthoff que, no Estado contemporâneo, diante da relevância que assumem certos problemas, é o Poder Legislativo chamado a enfrentá-los com medidas ou providências concretas, que não se ajustam bem ao conceito clássico de lei, no sentido material¹⁷. A lei-medida não é norma que disciplina a ação; é ela a própria ação endereçada a resolver um determinado problema. É, pois, lei com objetivos bem determinados. As características aqui brevemente expostas das leis-medidas fazem compreender de imediato sua utilidade na implantação de planos estatais, especialmente de planos econômicos e urbanísticos. Essas mesmas características mostram, igualmente, que as leis-medidas são, na verdade, uma mistura de lei com ato administrativo, o que ressalta especialmente nos planos urbanísticos, dado o grau de “concreção” que atingem certos dispositivos, ao referirem-se por vezes a pontos geográficos precisos. A doutrina germânica não identifica, porém, as leis pertinentes a plano com leis-medidas. A única conclusão que neste particular se pode tirar é a de que leis-medidas são utilizadas na implantação de planos estatais, do mesmo modo que as leis tradicionais e as demais formas de atuação do Estado, a que já aludimos, tanto de direito público quanto de direito privado.

III. FEDERAÇÃO E PLANO

9. Frequentemente, na nossa estrutura federativa, há a possibilidade de a União, os estados e municípios manterem serviços de idêntica natureza, dentro de suas respectivas áreas, no exercício de competências concorrentes, sem que haja oportunidade de colisões entre os serviços ou as competências. Em certas matérias, porém, as diretrizes estabelecidas pela União prevalecem sobre as dos estados e municípios, e não apenas nas situações previstas na Constituição Federal, no que respeita à competência para legislar, em que os Estados só podem ocupar o espaço em branco deixado pela legislação da União, ou dentro da moldura geral demarcada por normas federais (art. 8, XVII, parágrafo único), como também em outras hipóteses especificamente referidas na Constituição da República. Assim, por exemplo, no que respeita a planos, a Constituição atribui à União competência “para planejar e promover o desenvolvimento e a segurança nacional” (art. 8º, IV), para “estabelecer o plano nacional de viação” (art. 8º, XI), para “estabelecer e executar planos nacionais de educação e saúde, bem como planos regionais de desenvolvimento” (art. 8º, XIV).

1973. p.9 e segs.

16 Sobre o conceito de lei em Rousseau, ver: Malberg, Carré de. *Contribution à la théorie générale de l'état*. Sirey, 1920. v. I, p. 290.

17 Id. *ibid*

Está claro que as medidas tomadas pela União, em todos esses assuntos, têm preeminência com relação aos atos de qualquer natureza realizados por estados e municípios dentro de tais áreas. No que diz com os planos econômicos, a Constituição Federal ainda é mais enfática e enérgica, ao incluir entre os casos de intervenção nos Estados o conflito entre os planos financeiros e econômicos estaduais e os planos nacionais ou regionais de desenvolvimento, cujas diretrizes estejam estabelecidas em lei federal (art. 10, V, c).

Os problemas jurídicos vinculados ao planejamento que surgem no campo da partição de competência efetuada pela Constituição entre a União, os estados e municípios não apresentam, porém, qualquer singularidade. Resolvem-se, por conseguinte, do mesmo modo como se solucionam ordinariamente os conflitos de competência entre aquelas órbitas.

IV. PLANO E DIREITOS DOS ADMINISTRADOS

10. Ficou anteriormente registrado que os planos estatais submetem-se, como todos os demais atos do Poder Público, ao princípio da legalidade. Isso implica afirmar que os planos estão sujeitos à reserva legal, sempre que de algum modo interferirem na liberdade ou na propriedade dos indivíduos. Em outras palavras, só a lei, no seu sentido próprio, e o decreto-lei, nas hipóteses em que é admitido na Constituição da República, podem estabelecer restrições ou autorizar que restrições sejam impostas à liberdade ou à propriedade dos administrados¹⁸.

11. Referentemente às interferências dos planos ou das medidas que os põem em execução nos direitos individuais, há que se distinguir entre duas hipóteses perfeitamente definidas. A primeira é a de que o plano hostiliza direitos previamente constituídos ou que já existiam ao tempo em que o plano passou a vigorar. Nosso sistema constitucional protege os direitos adquiridos, até mesmo com relação à forma mais alta e mais soberana de expressão da vontade ou da decisão do Estado, que é a lei (Constituição Federal, art. 153, § 3º). Sendo assim, é de intuitiva evidência que o plano em nada poderá atingir esses direitos. E, se o sacrifício deles for absolutamente indispensável à execução do plano, só pela via da desapropriação (caso, ainda, sejam suscetíveis de expropriação) isso poder ser obtido.

12. Problema mais complexo é o que resulta quando, no plano ou das medidas que o implementam, emanam vantagens para as pessoas. Aqui caberá perquirir se tais vantagens serão efetivamente direitos subjetivos ou simples reflexos de direito. Tem

¹⁸Na implantação dos sucessivos “pacotes econômicos”, desde o Plano Cruzado I e como no passado também já havia ocorrido inúmeras vezes, recorreu-se ao decreto-lei, que só pode ser usado nas hipóteses restritas, discriminadas no art. 55 da Constituição Federal. Evidentemente, um plano econômico da envergadura do Plano Cruzado, não era matéria só de “finanças públicas”, nem as normas que o institucionalizaram eram apenas “normas tributadas”. Não se cuidava, também, de matéria relativa à “segurança nacional”. Nada autorizava, portanto, a adoção do decreto-lei, em hostilidade frontal à texto da Constituição.

sido reiteradamente destacado que as normas de direito público, visando diretamente o interesse coletivo, só em determinadas circunstâncias são igualmente geradores de vantagens ou benefícios que, pela sua concreção e especialidade, ligam-se ao patrimônio das pessoas, inscrevendo-se na categoria dos direitos subjetivos¹⁹. Na maior parte dos casos, essas vantagens são meras emanções do direito subjetivo e, enquanto tais, simples reflexos de direito.

No direito privado, tudo se passa diferentemente. Visando as normas de direito privado disciplinar relações entre as pessoas, dos fatos jurídicos por elas contemplados nascem relações jurídicas em que se incrustam direitos e deveres jurídicos, quase sempre com mútua correspondência. É por isso que o conceito de direito subjetivo desempenha, no direito privado, um papel central, pode-se até dizer dominante, ao lado do conceito de negócio jurídico. O conceito de direito público subjetivo é uma transposição, para o campo do direito público, do conceito de direito subjetivo, assim como desenhado em lenta evolução histórica, desde a idade média, até o confronto entre as concepções de Windscheid e de Ihering, que animaram o século XIX e acabaram por dar ao conceito feição definitiva. Mas só ressaltou que a norma de direito público, perseguindo a utilidade pública, é, em numerosos casos, sobretudo fonte de deveres jurídicos para os indivíduos (e não de direitos subjetivos) basta para tornar compreensível por que o conceito de direito subjetivo público, por relevante que seja - como efetivamente é - não tem e jamais poderá ter a mesma significação que possui seu símile no direito privado.

As normas jurídicas de direito público instituidoras de planos, quando estes são de natureza imperativa, criam principalmente deveres jurídicos para os indivíduos. Em se tratando, porém, de planos incitativos, em que benefícios e vantagens são oferecidos aos particulares, para estimulá-los ou atraí-los a uma conduta afeiçãoada aos fins perseguidos pelos planos, aí é que surge o problema jurídico de saber se essas propostas e apelos, acompanhados de benefícios de diversas naturezas (subvenções, vantagens tributárias, compromisso de compra de safra, etc.) estabelecem direito subjetivo à permanência ou à inalterabilidade do plano ou, pelo menos, direito a ser indenizado pelos prejuízos causados ao adotar o particular um comportamento fortemente induzido pelo Poder Público. É necessário, neste passo, estabelecer algumas distinções. É óbvio, em primeiro lugar, que as relações que se estabelecem entre o Estado e os indivíduos, em virtude do plano, não são geralmente de natureza contratual. Parece também indiscutível que os planos, especialmente os econômicos, devem ser flexíveis e têm de adaptar-se a cada momento à realidade dos fatos, perpetuamente em mutação. Os planos, ou as medidas que os realizam, não de ser também mutáveis. Em princípio, não se reconhece, pois, direito à inalterabilidade dos planos²⁰.

¹⁹ A propósito da distinção entre direito subjetivo e reflexo de direito, ver: Jellinek, Georg. *Syten der subjektiven öffentlichen Rechte*. 2. ed. Tübingen, 1919. p. 67 e segs.; Hube, Ernst Rudolf. *Wirtschaftsverwaltungsrecht*. Tübingen, J. C. B. Mohr, 1954. v. 1, p. 676 e segs.; Lima, Ruy Cirne, *Princípios de direito administrativo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972. p. 56 e segs.

²⁰ Laubadère, André de. op. cit. p. 330; Rinck, Gerd. op. cit. p. 70; Schenke, Wolf-Rüdiger. *Gewährleistung bei Änderung*

Contudo, impõe-se que se verifique, em cada caso, de que modo os planos foram implantados ou postos em execução. A lei que aprova o plano e que simplesmente aponta um caminho ou uma política a ser seguida pelo Estado é norma de direito público da qual não decorre, de regra, qualquer direito subjetivo para os particulares. Pode suceder, entretanto, que entre as medidas de execução de determinado plano econômico existam atos administrativos ampliativos ou favoráveis, irradiadores de benefícios para seus destinatários, com todas as características de direitos subjetivos. Da mesma forma, é possível imaginar, por exemplo, que o Estado haja concedido a alguém empréstimo a juro especial e a prazo diferenciado dos vigorantes no mercado, o que caracteriza a subvenção. Tal empréstimo é, ninguém duvidará, contrato, do qual, como ocorre com os contratos em geral, brotam deveres jurídicos e direitos subjetivos. Assim, muito embora o plano possa ser modificado ou até extinto, sem que haja direito de qualquer particular a exigir sua continuação, não é de modo algum impensável que, nas situações concretas do tipo das figuradas, esteja o Estado preso aos indivíduos por vínculos jurídicos muito fortes, e que são fortes precisamente porque aos atos realizados pelo Poder Público ligam-se direitos subjetivos, em que estão investidos os particulares. Nesses casos, a revogação do ato administrativo ampliativo ou favorável esbarrará na existência de direito subjetivo (Súmula n.º 473 do STF), como também não será possível, por igual razão, a resolução do contrato.

Vamos concluir esta linha de considerações dizendo que não há, geralmente, direito subjetivo à manutenção dos planos econômicos. Entretanto, dos autos instituidores dos planos ou das medidas que os implementam, sejam estes atos, portanto, leis, atos normativos infralegais, atos administrativos ou contratos, é possível que se originem direitos subjetivos com relação ao Estado, direitos esses que terão por conteúdo o poder de exigir um determinado comportamento.

13. Outra questão que tem provocado acesos debates entre os constitucionalistas e os administrativistas, especialmente europeus, é a que se refere à conciliação de algumas medidas implementadoras de planos, especialmente de planos econômicos, com o princípio da igualdade. No planejamento econômico é comum conceder-se ampla faixa de discricão ao administrador na concessão de estímulos, consistindo sobretudo em vantagens financeiras aos particulares. A distribuição desses benefícios nem sempre atende, no entanto, estritamente ao preceito da igualdade. No direito francês, a orientação adotada, como não poderia deixar de ser, foi a de preservar, tanto quanto possível, a regra da igualdade, pela atenta comparação dos casos.

Distinguem os franceses, a esse propósito, entre “situations comparables et non comparables”²¹. Mas, indaga Laubadère, “que gênero e que grau de diferença dever-se-á considerar como critério da não-comparabilidade das situações, fazendo com que medidas aparentemente discriminatórias não violem o princípio da igualdade de

staatlicher Wirtschaftplanung. Archiv des öffentlichen Rechts, 101:341 e segs., 1976

21 Laubadère, André de. op. cit. p. 287 e segs.

tratamento?” E é o mesmo autor quem responde: “Conquanto a jurisprudência seja extremamente abundante nesta matéria, não é possível extrair dela uma definição ou um fio condutor”²². Admite-se, contudo, no direito francês a desigualdade de comportamento da administração pública, desde que a medida tenha sido tomada no interesse geral. É ainda Laubadère quem assinala haver o Conselho de Estado se recusado, em numerosos casos, a anular atos discriminatórios do Poder Público, sob o argumento de que “não ficou estabelecido que a medida criticada inspirou-se em considerações estranhas ao interesse geral”²³.

O direito público alemão parece ter avançado mais, no resguardo do princípio superior da igualdade. Enquanto, como acabamos de observar, no direito francês o Conselho de Estado admite francamente a ruptura do princípio, desde que as providências da administração pública, no exercício do poder discricionário, tenham perseguido o interesse geral, e não hajam resultado portanto, de causas ou razões subalternas (o que caracterizaria, aliás, o desvio de poder), no direito germânico firmou-se modernamente a orientação de que a reiterada conduta da administração pública num determinado sentido, ainda que no exercício do poder discricionário, implica uma “autovinculação” (*Selbst Bindung*).

Comentando este entendimento, que é hoje indiscutido no direito alemão, diz o constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho: “A igualdade imposta pelo princípio do Estado de direito, e constitucionalmente consagrada, é a igualdade perante todos os atos do poder público. É nesse contexto que se fala hoje no princípio da autovinculação da administração. Mesmo nos espaços de exercício discricionário (*Ermessensrichtlinie*), o princípio de igualdade constitucional impõe que se a administração tem repetidamente ligado certos efeitos jurídicos a certas situações de fato, o mesmo comportamento deverá adotar em casos futuros semelhantes. O comportamento interno transforma-se, por força do princípio da igualdade, numa relação externa, geradora de direitos subjetivos dos cidadãos. A praxe administrativa ou o uso administrativo serão aqui um elemento importante para a demonstração de violação ou não do princípio da igualdade. Com razão se caracterizou o princípio da igualdade, nestes casos, como norma de comutação (*Umschaltnorm*), isto é, uma norma que opera a comutação de linhas de orientação interna discricionária em preceitos jurídicos externos, juridicamente vinculados”²⁴.

Esta parece ser a correta solução para o problema, tendo-se presente que o agente público, no exercício do poder discricionário, não é absolutamente livre. Está ele preso, assim: aos limites do poder que lhe é conferido e que servem para distinguir a discricção do arbítrio; ao fim de utilidade pública do ato a ser por ele realizado e que há de ser atingido da melhor maneira possível; e, por último, a princípios superiores do direito

22 *Id.* *ibid.* p. 288.

23 *Id.* *ibid.* p. 290-1

24 Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra, Almedina, 1971. v. 2, p. 51.

público, entre os quais tem lugar eminente o da igualdade perante o Estado, agindo estes princípios não só como conformadores e delimitadores do poder discricionário da administração pública, mas até mesmo como transformadores, em determinadas situações, do poder discricionário em atividade não-discricionária ou vinculada.

14. Resta examinar as hipóteses em que os planos estatais, ou mais propriamente as medidas que os implantam ou implementam, dão causa à responsabilidade civil do Estado. Já tivemos oportunidade de examinar essa matéria²⁵. Salientamos, então, que “sendo o princípio da boa-fé princípio geral de direito, é irrecusável que a ele também se submete o Estado. Já vimos, no entanto, que a supremacia dos interesses públicos sobre os interesses individuais toma admissível que, via de regra, o Estado modifique os rumos de sua política e possa, igualmente, alterar seus planos. A frustração de expectativas é, pois, algo inarredável da atividade estatal. Há situações, contudo, em que o Estado incentiva de forma tão nítida e positiva os indivíduos a um determinado comportamento, mediante promessas concretas de vantagens e benefícios, que a violação dessas promessas implica infringência ao princípio da boa-fé, cabendo ao Estado indenizar os danos decorrentes da confiança. Por certo, isso não acontece nos planos meramente informativos, nos quais o Poder Público simplesmente coleta dados ou faz prognósticos e projeções, cabendo ao particular assumir os riscos pela adoção de algum dos caminhos antevistos pelo plano²⁶, mas sim naqueles de caráter incitativo, em cuja implantação ou execução o Estado se compromete firmemente a propiciar benefícios de qualquer natureza, inclusive de índole fiscal. Deve-se esclarecer, porém, que a responsabilidade do Estado raramente poderá derivar do plano em si, estando geralmente ligada ao procedimento da administração pública na fase da execução do plano, e aos atos concretos que pratica, visando a esse fim.” Entretanto, além desses requisitos, para que nasça o dever do Estado de indenizar, parece-nos que será ainda necessário agregar dois outros elementos, sempre exigidos nos casos de responsabilidade do Estado por atos ilícitos: a anormalidade e a especialidade do dano²⁷, muito embora a responsabilidade por danos decorrentes da confiança esteja mais próxima da responsabilidade por atos ilícitos²⁸.

Razões de ordem prática levam, contudo, forçosamente a considerar que só poderá haver responsabilidade por atos relacionados com planos estatais quando o dano causado for anormal e especial. Se todos sofreram danos, ou se uma grande parcela da população sofreu danos em virtude, por exemplo, da implantação de um plano econômico incitativo, não haveria provavelmente recursos para ressarcir a todos dos prejuízos causados. Seria aqui necessário invocar, ainda que analogicamente, o princípio

25 Silva, Almiro do Couto e. Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento. RDP, 63:28 e segs., 1982

26 De responsabilidade civil, nos casos de planos meramente informativos, só haverá de cogitar-se no caso de erro nas informações prestadas, a que se ligue diretamente o prejuízo sofrido pelo particular.

27 Canotilho, José Joaquim Gomes. O problema da responsabilidade do Estado por atos lícitos. Coimbra, Almedina, 1974. p. 143e segs.

28 Silva, Almiro do Couto e. op. cit. p. 33

da igualdade perante os encargos públicos. Por outro lado, o prejuízo não há de ser de pequena monta ou perfeitamente suportável pelos indivíduos, mas há de ter um certo peso, uma certa gravidade. Tais exigências, conquanto num primeiro momento pareçam absolutamente contrárias aos interesses dos administrados, são elas, no entanto, que irão permitir que os particulares, em certas situações, sejam indenizados pelos prejuízos causados pelo comportamento do Estado, ao agir contrariamente ao que prometera, ao venire contra factum proprium e ao lesar, dessa maneira, o princípio da boa-fé ou da segurança jurídica²⁹.

29 O princípio da boa-fé ou da segurança jurídica, embora tenha sido revelado no direito privado, onde é conhecido desde o direito romano, é princípio geral de direito e, pois, de aplicação também no campo do direito público. Neste setor, manifesta-se, sobretudo, na impossibilidade que tem a administração pública de reexaminar seus atos, mesmo nulos de pleno direito, uma vez transcorrido certo lapso de tempo, com a tolerância da administração pública, consolidando, assim, a presunção e a aparência de legalidade que têm, ordinariamente, os atos do Poder Público. Embora no direito brasileiro tanto a doutrina quanto a jurisprudência tenham pronunciamentos escassos sobre a matéria, trata-se de uma tendência universalmente dominante. Ver: Fleiner, Fritz. *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht*. Tübingen, 1928. p. 201 § 13, nota 62; Jellinek, Walter, *Verwaltungsrecht*. Berlin, 1929. § 11, IV;

Bachoff, Otto. *Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts*. Tübingen, 1966. v. 1, p. 257 e segs.; _____. Tübingen, 1967. v. 2, p. 339 e segs.; Hauriou, Le *Jurisprudence administratif*. Dalloz, 1973. p. 339. Laubadère, André de. *Traité de droit administratif*. Paris, 1976, v. 1, p. 339; Vedel, George. *Droit administratif*. PUF, 1973. p. 199; Waline, Marcel. *Précis de droit administratif*. Paris, 1969. v. 1, p. 387-8; Stassinopoulos, Michel. *Traité des actes administratifs*. Atenas, 1954. p. 256 e segs.; Vitta, Cino. *Diritto Amministrativo*. Torino: 1962. v. 1, p. 488-9; Sandrulli, Aldo. *Manuali di diritto amministrativo*. Napoli, 1974. p. 491 e 507; Capeletti, Mauro. *O controle da constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre, Fabris, 1984. p. 115 e segs.; Caetano, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1970; Fagundes, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Konfino, 1950. p. 60-1; Reale, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1968. p. 82 e segs. A mesma noção de proteção à confiança é que está na raiz da responsabilidade civil do Estado por atos relacionados com os planos estatais.